

EL VILIPENDIADO
“PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD” EN CHILE:
ANTOLOGÍA DE MALENTENDIDOS

THE VILIPENDED
“PRINCIPLE OF SUBSIDIARITY” IN CHILE:
ANTHOLOGY OF MISUNDERSTANDING

*Alejandro Lagos Torres**

Resumen

Se analiza la veracidad de la muy difundida aseveración de que el principio de subsidiariedad contenido en la Constitución de 1980 es responsable de los problemas sociales que actualmente sufre Chile, provocando el llamado “estallido social” de octubre de 2019. Para ello, se estudia el origen histórico y dogmático de la subsidiariedad, su relación con el bien común y el papel que la Carta de 1980 le atribuye al Estado de Chile analizando, también, un conjunto de sesgos interpretativos que mucho han influido en el asentamiento de la citada aseveración.

Palabras clave: Constitución, subsidiariedad, bien común, papel del Estado, sesgo interpretativo.

Abstract

This paper analyzes the veracity of the very widespread assertion that the principle of subsidiarity contained in the Constitution of 1980 is responsible for the social problems that Chile currently suffers, causing the so-called “social outbreak” of October 2019. The historical and dogmatic origin of the subsidiarity, its relationship with the common good, and the role that the Charter of 1980 attributes to the State of Chile are studied, also analyzing a set of interpretative biases that have greatly influenced the settlement of the aforementioned assertion.

* Profesor de Derechos Fundamentales, Universidad del Desarrollo, sede Concepción. Magíster en Derecho de la Empresa mención en derecho tributario, Universidad del Desarrollo. Máster Universitario en Análisis Económico del Derecho y las Políticas Públicas, Universidad de Salamanca, España. Artículo recibido el 13 de diciembre de 2019 y aceptado para su publicación el 28 de febrero de 2020. Correo electrónico: af.lagos@udd.cl.

Key words: Constitution, subsidiarity, common good, role of the State, interpretative bias.

I. Introducción

La principal motivación de este trabajo es realizar un análisis estrictamente jurídico y de sentido común sobre el principio de subsidiariedad en Chile como consecuencia del llamado “estallido social” que se ha desarrollado desde el 18 de octubre de 2019. En él muchas personas, de diversas sensibilidades políticas, han responsabilizado a dicho principio de los males que afectan al país, y en especial de ser una de las causas de la desigualdad en Chile. Sin embargo, se analizará también este principio no solo desde la arista jurídica, sino que, también, teniendo en cuenta lo que al respecto puede aportar el estudio de la economía, y del papel que según los economistas debiera representar el Estado en beneficio de toda la sociedad. Se tratará, por tanto, de realizar un análisis de rigor científico, sin sesgos políticos, ni argumentaciones dadas al efecto desde perspectivas religiosas, ni invocar lo que en su momento dijo o no dijo el exsenador Jaime Guzmán, actitud que, es de lamentar, polariza aún más el debate y no contribuye a aclarar los principios y conceptos involucrados.

En primer lugar, se enfatiza que el origen histórico del principio de subsidiariedad se encuentra en la doctrina social de la Iglesia católica, en concreto, en la encíclica *Quadragesimo Anno* del papa Pío XI del año 1931, es decir, se trata de un principio formulado hace ya cerca de un siglo, y que nada tiene que ver con teorías capitalistas o vinculadas a sectores de la derecha política, sino que, por el contrario, se trata de un principio elaborado pensando específicamente en promover la primacía del ser humano y de la familia por sobre el Estado, pero con la finalidad de alcanzar el bien común. Como consecuencia, este principio tuvo amplia recepción en muchos sistemas jurídicos del mundo, no solo en Constituciones nacionales¹, sino que, como se verá más adelante, sobre la base de este principio se construyó y funciona la Unión Europea.

Por el contrario, mucho sorprende que en Chile la doctrina analizó este principio de subsidiariedad en la década de 1980 como consecuencia de la dictación de la nueva Constitución, y de los trabajos que realizara

¹ Ejemplos de países cuyas Constituciones expresamente señalan el principio de subsidiariedad: Alemania (artículo 23), Francia (artículo 88-6), Portugal (artículos 6 y 7), Túnez (artículo 134), Panamá (artículo 233), Ecuador (artículos 269 y 270), Perú (artículo 60) y República Dominicana (artículo 219).

al efecto la Comisión Ortúzar², pero sin llegar a desarrollar las connotaciones y alcances que a este principio se le atribuyen en el derecho comparado. Así las cosas, con el paso de los años resulta curioso, dicho principio no pareció recibir mayor atención doctrinaria, es más, quedó estático, y hasta la actualidad los estudios de derecho constitucional se limitan, en apariencia, a repetir lo que quedó asentado como dogma en aquellos primeros años de vigencia de la nueva Carta Fundamental. Y aquí empiezan los problemas.

En los últimos tiempos han corrido ríos de tinta sobre el principio de subsidiariedad, no siempre con connotaciones positivas, pero elucubrando más sobre la forma en que está redactado el artículo 1° de la Constitución³, que sobre el contenido de fondo del principio, y prescindiendo en absoluto de indagar en sus orígenes históricos y dogmáticos, que es la forma que desde el ámbito jurídico, interpretaría correctamente el texto de la Carta Fundamental. A mayor abundamiento, estas nuevas interpretaciones no solo han alejado al principio en Chile de las doctrinas que le sirvieron de inspiración, sino que han producido el efecto de arrinconar al Estado, separándolo con fuerza de las diversas actividades económicas que contribuyen a la creación de la riqueza chilena, generando con ello un sesgo desproporcionado en cuanto al papel que, es de suponer, debieran o no asumir los poderes públicos según el diseño institucional contenido en la Constitución.

Sin embargo, la situación antes descrita resulta del todo incomprensible, sobre todo al constatar que en la actualidad, transcurridos ya las dos guerras mundiales, la Guerra Fría, la caída del comunismo, el surgimiento de múltiples organizaciones internacionales, incluidos fenómenos *sui generis* como la Unión Europea, toda la integración que ha generado el

² CENC, 1973-1979.

³ Artículo 1°.- "Las personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos.

La familia es el núcleo fundamental de la sociedad.

El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos.

El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece.

Es deber del Estado resguardar la seguridad nacional, dar protección a la población y a la familia, propender al fortalecimiento de ésta, promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional".

fenómeno de la globalización, el cambio climático, la crisis hídrica, el terrorismo, los derechos de las minorías y un largo etcétera, la gran mayoría de las Constituciones del mundo afirman en su parte dogmática más o menos lo mismo, reconociéndose en todas casi los mismos derechos fundamentales. ¿Cómo se explica, entonces, el rumbo que en Chile fue tomando el principio de subsidiariedad? Las grandes diferencias entre los distintos ordenamientos jurídicos suele hallarse no en el texto de las normas, sino en la forma en que se implementan las normas, en “cómo bajan”, es decir, en cómo interpretan los tribunales los principios constitucionales, y en cómo se establecen las normas de desarrollo de dichos principios. Para realizar ambas tareas correctamente resulta indispensable tener presente el contexto histórico y dogmático en el que surgen aquellos principios.

Hechas las aclaraciones anteriores, en las páginas siguientes se analizará la forma en la cual se ha asentado en el Chile en nuestros días el tan vilipendiado principio de subsidiariedad, tratando de entender las causas de este fenómeno e intentando proponer al respecto algún tipo de solución.

II. Planteamiento del problema

Hace ya varios años que han surgido en Chile voces que denuncian un excesivo sesgo “neoliberal”⁴ contenido en la Constitución, que progresivamente ha ido arrinconando al Estado, separándolo de las demandas de la sociedad⁵. Postulan que el origen de esta situación se hallaría en

⁴ El problema de esta afirmación es que, al igual como ocurre con las voces ‘pueblo’ o ‘fascista’, en el uso corriente el sentido de la palabra ‘neoliberal’ no es claro, sino que, más bien, se le utiliza en forma peyorativa como sinónimo de ‘mercado’ o de ‘capitalismo’, aun cuando en rigor estos tres conceptos significan cosas distintas: a) Neoliberalismo es una corriente económica y política inspirada en el liberalismo clásico surgida de la “escuela monetarista” que privilegia la baja inflación, para lo cual apoya una amplia liberalización de la economía, el libre comercio, la reducción del gasto público, la reducción de impuestos y la disminución de la intervención del Estado en la economía en favor del sector privado; b) Mercado es una herramienta económica que permite la asignación de la producción y el consumo de bienes y servicios sobre la base del juego entre la oferta y la demanda y c) Capitalismo en sentido estricto es el liberalismo del “dejar hacer” propio de la Revolución industrial, en tanto que en sentido amplio es un gran género que engloba a todo sistema económico basado en la propiedad privada de los medios de producción, comprendiendo con connotaciones peyorativas todos los conceptos anteriores.

⁵ Sin embargo, la historia parece indicar que el *peak* neoliberal se produjo entre los gobiernos de Eduardo Frei Ruiz-Tagle y de Ricardo Lagos Escobar, época en que ocurrieron las grandes privatizaciones de empresas estatales y de servicios públicos asociados a monopolios naturales, comenzaron las concesiones para la construcción de obras públicas, se firmaron muchos tratados de libre comercio, y en materia previsional se implementó

el diseño que la Carta de 1980 estableció en cuanto al papel que ha de representar el Estado en el desarrollo del país, esto es, un papel de mero coadyuvante de los particulares, consecuencia de haberse elevado a la categoría de derecho fundamental la libertad de empresa, consagrada en el artículo 19 n.º 21 de la Constitución. Este diseño es, a su vez, el resultado de haberse adoptado en el sistema constitucional el ya mencionado principio de subsidiariedad.

Sobre este principio, que la mayoría de la doctrina reconoce como no expresamente señalado en el texto constitucional, se dice también de modo general que se desprende de la lectura del inciso 3 del artículo 1º de dicha Carta Magna, el cual señala lo siguiente:

“El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos”.

En efecto, la generalidad de los estudios de derecho constitucional se refiere al principio de subsidiariedad a propósito del inciso 3 del artículo 1º⁶, que consagra el denominado principio de las autonomías sociales. Para dicho principio, una agrupación de personas inferior no puede ser absorbida o desbordada por una entidad superior si la inferior es capaz de alcanzar con éxito sus propios fines específicos. Lo anterior, sin perjuicio de que, como ya se señaló, existe también una doctrina que rechaza la existencia del principio de subsidiariedad por no estar señalado de modo explícito⁷. A su vez, consecuencia del principio de subsidiariedad establecido en el inciso 3, sería la libertad de empresa consagrada en el artículo 19 n.º 21 inciso 1, en tanto que la intervención subsidiaria del Estado en actividades económicas se hallaría en el inciso 2 del mismo artículo, que

el “multifondo” y el traspaso de la pérdida al cotizante, entre otras muchas grandes transformaciones, esto es entre los años 1994 y 2006, es decir, varios años después de la entrada en vigencia la Carta de 1980 (1981) y de haber retornado la democracia (1990). Por el contrario, a partir de 2006 se ha observado en Chile más regulación a la economía, más políticas públicas basadas en mayor solidaridad y sucesivas alzas de impuestos (una especie de “desneoliberalización”).

⁶ A modo de ejemplos: José Luis CEA EGAÑA, *Derecho constitucional chileno*, p. 215; Alejandro SILVA BASCUÑÁN, *Tratado de derecho constitucional*, p. 45 y ss.; Ángela VIVANCO MARTÍNEZ, *Curso de derecho constitucional*, p. 60; Fernando JIMÉNEZ LARRAÍN y Fernando JIMÉNEZ LOOSLI, *Derecho constitucional*, p. 103 y ss.; Humberto NOGUEIRA ALCALÁ, *Derecho constitucional chileno*, p. 572 y ss.; Arturo FERMANDOIS VÖHRINGER, *Derecho constitucional económico*, p. 88 y ss.

⁷ Elio SEGOVIA OLAVE, “Acerca de la vigencia del principio de subsidiaridad en la actividad económica del Estado” cita en tal sentido a Renato Cristi y Pablo Ruiz-Tagle y a Miguel Schumann en p. 105, a Rodrigo Vallejo y Diego Pardow en pp. 106 y 107, y a Eduardo Niño Parada en p. 107.

contiene el estatuto del “Estado empresario”. Así, el texto completo del artículo 19 n.º 21 reza lo siguiente:

“Artículo 19.- La Constitución asegura a todas las personas:

21º.- El derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen.

El Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quórum calificado los autoriza. En tal caso, esas actividades estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicio de las excepciones que por motivos justificados establezca la ley, la que deberá ser, asimismo, de quórum calificado”.

En consecuencia, se señala que el diseño constitucional chileno sitúa al Estado relegado a un lugar secundario en lo referente a su intervención en actividades económicas, generándose así, como efecto, una verdadera “privatización de lo social”, que impide establecer en la sociedad chilena más redistribución, más solidaridad y, en definitiva, un piso mínimo común que garantice una vida digna para todos los chilenos⁸. Esta privatización de lo social se extendería a todos los ámbitos, incluidos la educación, la salud y el sistema previsional.

En cuanto al inciso 4 del artículo 1º de la Constitución, se señala que establece para el Estado tan solo una obligación de medios, un mero “tratar”. La norma señala lo siguiente:

“El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”.

Se argumenta que el vocablo ‘contribuir’ resalta el puro papel de coadyuvante del Estado a la actividad del privado, en tanto que la expresión “crear las condiciones sociales” se refiere a crear un entorno que permita al privado llegar tan lejos como le sea posible, pero sin establecer un estándar mínimo de calidad que permita eliminar las severas desigualdades que hoy se observan en la población chilena, y que, en definitiva, garanticen a todos los chilenos una vida digna. Se dice que el “crear las condiciones sociales”

⁸ A modo de ejemplos de quienes sostienen las críticas señaladas en este apartado: Fernando ATRIA, Guillermo LARRAÍN, José Miguel BENAVENTE, Javier COUSO y Alfredo JOIGNANT, *El otro modelo. Del orden neoliberal al régimen de lo público* y José Luis GUERRERO BECAR, *La Constitución económica chilena*.

no se encamina a un objetivo en concreto, como sería, por ejemplo, una vida digna, al contrario de lo que por ejemplo reza el preámbulo de la Constitución española de 1978 señalando:

“La Nación española, deseando establecer la justicia, la libertad y la seguridad y promover el bien de cuantos la integran, en uso de su soberanía, proclama su voluntad de:

Promover el progreso de la cultura y de la economía para asegurar a todos una digna calidad de vida”.

A su vez, el artículo 1º inciso 1 de la misma Constitución española señala lo siguiente:

“España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”.

De la lectura conjunta de ambas normas, fluiría de modo evidente que en el caso español la Carta Fundamental establece un Estado “social y democrático de derecho” que tiene entre sus objetivos “asegurar a todos una digna calidad de vida”. Se trataría de un Estado “social” (solidario), en contraposición al Estado chileno que sería simplemente “subsidiario”.

Se aboga por la imperiosa necesidad de modificar el diseño constitucional chileno en términos tales que haga posible una mayor intensidad en la participación del Estado en las actividades económicas, teniendo como fundamento este nuevo Estado social el “interés general”, el bien común, lo cual a la larga decantaría en el establecimiento de un nuevo régimen de “lo público” por sobre lo privado, ya que en el esquema actual el papel del Estado queda en efecto reducido a realizar los malos negocios que el particular rechaza por no considerarlos rentables.

Se denuncia que el estatuto del Estado empresario del artículo 19 n.º 21 constituiría una camisa de fuerza que impediría mayor participación estatal, como consecuencia de la exigencia de una ley de quórum calificado que autorizara la respectiva participación estatal que deseara establecerse, norma respecto de la cual, además del recurso de protección del artículo 20 de la Constitución, procede el amparo económico de la Ley n.º 18971 de 1990 para denunciar las infracciones a la garantía constitucional que protege el derecho a desarrollar cualquier actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional.

En suma, se señala que la expresión del inciso 4 “con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”, haría alusión a que el Estado deberá contribuir a crear condiciones sociales que permitan a la persona su mayor realización posible, pero respetando los derechos tan

propios del llamado modelo neoliberal como son: la propiedad privada, la libertad de empresa y la no discriminación arbitraria en materia económica que el Estado y sus organismos deben dar a las personas.

III. *¿Y si replanteáramos el problema?*

El problema que se acaba de plantear presenta con claridad un inconveniente que se desprende también de la simple lectura del artículo 1° de la Constitución. En efecto, la generalidad de la doctrina, al tiempo que reconoce en el inciso 3 el principio de las autonomías sociales, el cual se suele identificar con el principio de subsidiariedad, reconoce también en el inciso 4 del mismo artículo el llamado principio de la servicialidad del Estado, esto es, que el Estado está al servicio de la persona y su finalidad es promover el bien común. Si se leen ambos incisos juntos, se tiene que:

“(Inciso 3: principio de las autonomías sociales) El Estado reconoce y ampara a los grupos intermedios a través de los cuales se organiza y estructura la sociedad y les garantiza la adecuada autonomía para cumplir sus propios fines específicos.

(Inciso 4: principio de la servicialidad del Estado) El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”.

De lo anterior, se desprende una evidente contradicción: primero se reconoce la autonomía de los grupos intermedios para alcanzar sus propios fines específicos, pero a continuación se señala que el Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común. Entonces, ¿cuál es, e realidad, el papel del Estado?, o más bien dicho, ¿cuán activo es el papel que el diseño constitucional establece para el Estado de Chile? Porque evidentemente un Estado demasiado pasivo no puede pretender estar “al servicio” de la persona humana, ni menos promover el bien común⁹. La contradicción entre ambos principios es clara, a menos que se interprete de una forma equivocada, pues no es posible que dos principios constitucionales se anulen entre sí en términos de que si se aplica uno se deja sin efecto el otro, y con mayor razón si están señalados

⁹ Patricio AYLWIN AZÓCAR y Eduardo AZÓCAR BRUNNER, *Derecho administrativo*, p. 21: La extensión de los quehaceres que el Estado toma a su cargo “dependerá de las ideas que en cada país y época predominen acerca de la esfera propia de la acción estatal”.

en el mismo artículo y en incisos contiguos. Vale, en consecuencia, la interrogante: ¿estamos interpretando correctamente?

Para superar el señalado problema interpretativo, es necesario realizar dos precisiones previas: primero, reconocer que muchas veces el legislador, o el constituyente en este caso, pueden no usar las palabras adecuadas para expresar las ideas que desea transmitir, y segundo, que para establecer el verdadero sentido y alcance de las normas jurídicas es necesario considerar el origen de las instituciones que la norma está regulando, y en definitiva, el contexto.

En todas las ciencias sociales un elemento clave en la labor interpretativa lo constituye el contexto, por lo que el estudio de los fenómenos descontextualizados, forzaría al investigador a conclusiones erradas. En este sentido, se manifiesta no sin cierta provocación, el destacado economista Jean Tirole¹⁰, al señalar:

“la antropología, el derecho, la economía, la historia, la filosofía, la psicología, la ciencia política y la sociología no constituyen más que una única disciplina, pues tienen los mismos objetos de estudio: las mismas personas, los mismos grupos y las mismas organizaciones”¹¹,

es decir, en estas disciplinas es imprescindible conocer el contexto.

Surge, así, la razonable sospecha de que “algo se está haciendo mal”, quizá se está frente a una interpretación errónea que, en estricto rigor, hace necesaria la búsqueda de una solución. Esto, pues el problema que suscita es de la mayor importancia constitucional. Al respecto cabe, también, recordar las palabras de otro destacado estudioso del comportamiento humano, el psicólogo Daniel Kahnemann¹², pionero en el análisis de la forma en que se integran la psicología con la economía, quién afirma:

“la investigación conductual demuestra que una vez que se implanta una narrativa, es difícil desterrarla, sobre todo si, aun siendo incorrecta, es coherente”¹³,

aseveración que no hace sino reflejar aquella célebre frase del siniestro Joseph Goebbels¹⁴ “una mentira repetida mil veces se convierte en una verdad”.

En efecto, pareciera que la interpretación que desde hace algún tiempo flota en el aire, de que el Estado no puede intervenir de manera más

¹⁰ Premio Nobel de Economía año 2014.

¹¹ Jean TIROLE, *La economía del bien común*, pp. 138-139.

¹² Premio Nobel de Economía año 2002.

¹³ Véase Ángel UBIDE, *La paradoja del riesgo*, p. 32.

¹⁴ Ministro encargado de la propaganda de la Alemania Nazi.

activa en materia económica es incorrecta, pues como se ha mencionado, llevar esta interpretación a tal extremo genera la inconsistencia de que sería imposible materializar el mandato constitucional de que el Estado está al servicio de la persona humana para promover el bien común. Para llegar a esta conclusión debe considerarse, además, que el capítulo I de la Constitución, y en particular el artículo 1º, señalan principios generales para el funcionamiento del sistema constitucional, siendo, por tanto, la norma llamada a dar la orientación general de la interpretación de la Constitución, circunstancia que se hace patente toda vez que fue la misma Comisión Ortúzar quien estimó que el artículo 1º sería el equivalente a un preámbulo de la nueva Carta Fundamental, el cual finalmente no fue incorporado al texto definitivo por considerarse que repetía lo que iba a establecer el artículo 1º¹⁵.

Pareciera, además, que el error de interpretación que se ha generalizado respecto del principio de subsidiaridad se debe en gran medida a los siguientes factores:

- a) Hacer la interpretación fijándose solo en lo que dice o no dice el tenor literal del texto: en efecto parece que es un mal de la idiosincracia latina, el ser demasiado literalistas al momento de interpretar las normas jurídicas. Sería así, esta característica la que daría pie para mal interpretar principios y conceptos que al ser distorsionados producen severas consecuencias jurídicas. En general, no son pocos los autores que señalan que en gran medida los problemas del derecho continental se originan en un abuso de la legalidad y un apego al tenor literal de los textos¹⁶. Y es este excesivo apego a los textos lo que origina, por ejemplo, la ya señalada interpretación de que el inciso 4 del artículo 1º prescribe para el Estado una obligación de medios al afirmar que corresponde al Estado “contribuir a crear condiciones” que permitan la mayor realización material y espiritual posible de la persona, en circunstancias que, como se mostrará más adelante, este no es el sentido que a dicha expresión le atribuyó la Comisión Ortúzar. Se debe recordar, además, que existe acuerdo en la doctrina de que la Constitución no establece derechos, como señala la parte final del inciso 4 (“...con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”), sino que se limita a reconocer derechos fundamentales que emanan de la naturaleza humana y que son anteriores a su vigencia. Por

¹⁵ CEA, *op. cit.*, p. 197 y ss.; VIVANCO, *op. cit.*, p. 31 y ss.

¹⁶ Tomás J. ALISTE SANTOS, *Sistema de Common Law*, p. 56.

consiguiente, resulta evidente que la interpretación literal sin mayor cuidado lleva a errores y malentendidos. Debe recordarse que el artículo 19 del *Código Civil*, al señalar la regla general de interpretación de la ley¹⁷, prescribe que ante alguna oscuridad que pudiere surgir del tenor literal de la norma, puede recurrirse "a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma, o en la historia fidedigna de su establecimiento", es decir, no es lícito superar alguna oscuridad del texto reinterpretando el texto mismo con prescindencia del espíritu de la norma, de su historia fidedigna y del contexto en el cual ella fue dictada¹⁸.

- b) Sesgo hacia lo económico: de la simple lectura del inciso 3 del artículo 1° se desprende que el principio de las autonomías sociales está redactado en términos generales con el sentido de "autogobierno" para lograr sus propios fines, sin hacer una alusión específica a las actividades económicas que pudieren desempeñar los grupos intermedios, y así también lo ha reconocido la doctrina¹⁹. Por consiguiente, si bien es correcto ver en el artículo 19 n.° 21 el derecho fundamental de la libertad de empresa como un reflejo del principio de las autonomías sociales, no es correcto aseverar que esto es así porque el principio contenido en el inciso 3 del artículo 1° esté concebido con la intención de establecer dicha autonomía pensando exclusivamente en el desarrollo de actividades económicas. A su vez, cabe hacer presente que también parte importante de la doctrina²⁰ entiende que cuando el inciso 3 se refiere a los "grupos intermedios" se está haciendo alusión a "todo grupo entre la persona y el Estado", vale decir: gremios, clubes, sindicatos, sociedades, mutualidades, etcétera, lo cual es concordante con la interpretación señalada de que el principio de las autonomías sociales no se limita al ámbito económico.
- c) No leer la Constitución completa: en efecto, como todo cuerpo normativo, debe ser leído en su conjunto para comprender su

¹⁷ Artículo 19. "Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu.

Pero bien se puede, para interpretar una expresión obscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma, o en la historia fidedigna de su establecimiento".

¹⁸ Considerar el inciso 1 del artículo 22 del *Código Civil*: "El contexto de la ley servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía".

¹⁹ CEA, *op. cit.*, p. 217.

²⁰ CEA, *op. cit.*, p. 216; SILVA, *op. cit.*, p. 45; NOGUEIRA, *op. cit.*, p. 572; VIVANCO, *op. cit.*, p. 60.

verdadero sentido y alcance, por lo cual la conclusión es evidente, tal como señala un destacado profesor de derecho público español comentando la Constitución de su país:

“para comprender nuestra Constitución económica es preciso leerla de forma integral y objetiva (ni parcial ni tendenciosa), sin prescindir del análisis de ningún artículo”^{21, 22}.

En consecuencia, cuando se considera el texto en su completitud, se hace necesario concluir que la expresión “...con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece (reconoce)” efectivamente hace alusión a la propiedad privada, a la libertad de empresa, y a la no discriminación arbitraria que el Estado debe dar en materia económica, pero también se refiere a la vida, la igualdad, la dignidad, la integridad física y psíquica, la honra, entre muchos otros derechos fundamentales reconocidos en ella. Resulta, pues, evidente que la lectura parcial del texto constitucional genera variadas interpretaciones torcidas que se alejan de las ideas que sus redactores, todos connotados constitucionalistas, quisieron plasmar en la Carta de 1980.

- d) Olvidar que las normas fundamentales deben ser neutras: en general también hay acuerdo en la doctrina en cuanto a que las normas fundamentales de un ordenamiento jurídico, por ejemplo, el derecho civil, el derecho de familia, el derecho penal, las normas procesales y, desde luego, las Constituciones, deben ser normas jurídicas neutras, sin orientaciones específicas hacia determinadas concepciones políticas, sociales o económicas de la sociedad que rigen, en tanto que la equidad se logra mediante la implementación de las políticas públicas que resulten adecuadas para lograr los fines que la sociedad considere que deben ser alcanzados en un momento determinado²³. El mismo

²¹ Ricardo RIVERO ORTEGA, *Derecho administrativo económico*, p. 56.

²² En el mismo sentido NOGUEIRA, *op. cit.*, p. 574: “este inciso tercero no constituye una disposición aislada dentro del artículo 1° ni dentro del marco constitucional, por lo cual requiere armonizarse en una perspectiva interpretativa sistemática y finalista con las demás disposiciones del mismo artículo 1°, de los demás artículos de las Bases de la Institucionalidad, como asimismo del conjunto del texto constitucional”.

²³ El derecho debe permitir que las personas puedan utilizar bien sus derechos, lo cual requiere que las reglas básicas de comportamiento sean inmutables para no crear incertidumbre, libres de sesgos y de ideologías, es decir, las reglas básicas de conducta deben ser diseñadas procurando la eficiencia. Por el contrario, las normas que regulan demasiado suelen generar incentivos negativos precisamente por resultar ineficientes. La equidad, en tanto, debe perseguirse por medio de la implementación de políticas públicas

razonamiento ha sido apoyado desde el análisis económico del derecho: las normas fundamentales deben ser neutras, en tanto que la equidad se logra por medio de las políticas públicas²⁴. De esta manera, un texto constitucional eficiente debe ser capaz de permitir que el ordenamiento jurídico se vaya amoldando a los cambios que va experimentando la sociedad a la cual rige. De no cumplirse este diseño institucional, el costo social de mantenerlo sería tan elevado que se vuelve del todo inadecuado para cumplir los fines que la sociedad le demanda. Dicho lo anterior, se pueden explicar con mediana claridad los efectos nocivos que genera para la sociedad una interpretación extrema y demasiado sesgada de la Constitución, que la hace incapaz de responder a las nuevas demandas sociales que van surgiendo de los nuevos tiempos. Si el texto chileno se interpretara de una forma menos rígida, o sea, sin el sesgo de que el Estado no puede intervenir, sino en términos extremadamente residuales, no solo podrían aplicarse de manera más equilibrada ambos principios del artículo 1° (autonomías sociales y servicialidad del Estado), sino que, además, generaría un marco jurídico mucho más eficiente desde el punto de vista del coste social para emprender nuevas y más eficaces políticas públicas para alcanzar el bien común.

Cabe reiterar en este punto que, lo que en verdad modela un sistema jurídico, social y económico no son las normas constitucionales en sí mismas, sino que es la forma en que "bajan" a través del ordenamiento jurídico las normas de la Constitución, ya sea por la interpretación que de ellas efectúan los tribunales de justicia, como también por el sentido con el cual se van dictando las normas de desarrollo de los principios constitucionales. Esta es la importancia de evitar que en Chile se termine imponiendo una interpretación errada o muy restrictiva de las normas constitucionales. Y es también motivo más que suficiente para contar con un tribunal constitucional que sea capaz de ser un eficaz guardián de la Carta Fundamental.

eficientes, evitando despilfarros, pero no a través de las normas básicas del ordenamiento jurídico, pues en tal caso lo único que se logra es la distorsión del mercado (la sociedad pierde eficiencia).

²⁴ Richard POSNER, *El análisis económico del derecho*, p. 979, hace entender, además, la importancia de que las normas fundamentales reciban interpretaciones flexibles, pues así se reduce el coste social de modificar dichas normas.

IV. ¿Para qué se formuló el principio de subsidiariedad?

En primer término, cabe señalar que la palabra 'subsidiar' significa "suplir o completar una carencia", y es precisamente con este sentido que surge el principio. En efecto, su origen histórico se halla en la encíclica *Quadragesimo Anno* del papa Pío XI de 1931, que lleva por subtítulo "Sobre la restauración del orden social en perfecta conformidad con la ley evangélica al celebrarse el 40° aniversario de la encíclica 'Rerum Novarum' de León XIII"²⁵, en la cual en su párrafo número 79 el papa Pío XI señala lo siguiente:

"79. Pues aun siendo verdad, y la historia lo demuestra claramente, que, por el cambio operado en las condiciones sociales, muchas cosas que en otros tiempos podían realizar incluso las asociaciones pequeñas, hoy son posibles sólo a las grandes corporaciones, sigue, no obstante, en pie y firme en la filosofía social aquel gravísimo principio inamovible e inmutable: como no se puede quitar a los individuos y dar a la comunidad lo que ellos pueden realizar con su propio esfuerzo e industria, así tampoco es justo, constituyendo un grave perjuicio y perturbación del recto orden, quitar a las comunidades menores e inferiores lo que ellas pueden hacer y proporcionar y dárselo a una sociedad mayor y más elevada, ya que toda acción de la sociedad, por su propia fuerza y naturaleza, debe prestar ayuda a los miembros del cuerpo social, pero no destruirlos y absorberlos".

Del texto transcrito se desprende que la subsidiariedad desde el comienzo fue concebida por Pío XI como el establecimiento de "niveles" de intervención entre entidades superiores e inferiores desde la persona humana hasta el Estado. Así, las entidades superiores deben ayudar a las inferiores a cumplir sus propios fines, pero sin destruirlos y absorberlos. En definitiva, el principio de subsidiariedad consiste en que debe prevalecer la persona humana (y la familia) por sobre el Estado²⁶, pero sin que ello signifique una exclusión del Estado, toda vez que este debe contribuir a alcanzar el bien común, supliendo aquellas actividades que los particulares no puedan desempeñar con plena satisfacción. Aquí se aprecia claramente

²⁵ Se dice que la encíclica *Rerum Novarum* del papa León XIII de 1891 inicia la Doctrina Social de la Iglesia católica.

²⁶ De nuevo, la importancia del contexto: debe tenerse presente que cuando se publica esta encíclica, año 1931, recién ha triunfado la Revolución rusa, al tiempo que el mundo sufre la gran depresión, con lo cual el comunismo se está expandiendo con rapidez por Europa, y es en este contexto en que el papa Pío XI defiende el que deba prevalecer la persona humana por sobre el Estado, pero al mismo tiempo el Estado debe prestar ayuda a los grupos inferiores a satisfacer aquellas actividades que no puedan desempeñar por sí mismos, para así alcanzar el bien común.

el sentido de la voz 'subsidiar' con el significado ya apuntado de "suplir o completar una carencia". En consecuencia, el principio de subsidiaridad se establece para alcanzar el bien común, y es por esta razón que no puede entenderse como una restricción extrema, casi prohibitiva, de la actividad estatal. Entender el principio en un sentido contrario significaría de plano, que el Estado jamás podrá intervenir para alcanzar el bien común.

Y es con este mismo sentido de "suplir una carencia" con el que se ha utilizado el principio de subsidiariedad para la construcción de la Unión Europea. En efecto, sin perjuicio de que existen materias que son competencia exclusiva de la Unión como, por ejemplo, la defensa de la libre competencia, la política monetaria y el derecho del consumidor, materias respecto de las cuales los Estados miembros expresamente han delegado su soberanía a la Unión, la regla general es que toda competencia no atribuida a la Unión en los tratados corresponde a los Estados miembros, en tanto que toda intervención subsidiaria de la Unión debe efectuarse de manera proporcional a la necesidad que se busca satisfacer. De esta forma, el actual artículo 5° del Tratado de la Unión Europea establece para modelar sus actuaciones en aquellas materias que no son de su competencia exclusiva, dos principios: "subsidiaridad" y "proporcionalidad"²⁷.

En cuanto al principio de subsidiariedad señala dicho artículo en lo pertinente lo siguiente:

"Artículo 5° TUE.- 3. "...La Unión intervendrá solo si los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros..., sino que puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión"²⁸.

²⁷ Josep María JORDÁN GLADUF y Cecilio TAMARIT ESCALONA, *Economía de la Unión Europea*, p. 43.

²⁸ El texto completo del artículo 5° del Tratado de la Unión Europea o "Tratado de Maastricht" (antiguo artículo 5° del Tratado de la Comunidad Europea) es el siguiente:

"Artículo 5°.- 1. La delimitación de las competencias de la Unión se rige por el principio de atribución. El ejercicio de las competencias de la Unión se rige por los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.

2. En virtud del principio de atribución, la Unión actúa dentro de los límites de las competencias que le atribuyen los Estados miembros en los Tratados para lograr los objetivos que éstos determinan. Toda competencia no atribuida a la Unión en los Tratados corresponde a los Estados miembros.

3. En virtud del principio de subsidiariedad, en los ámbitos que no sean de su competencia exclusiva, la Unión intervendrá sólo en caso de que, y en la medida en que, los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, ni a nivel central ni a nivel regional y local, sino que puedan alcanzarse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión.

Las instituciones de la Unión aplicarán el principio de subsidiariedad de conformidad con el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.

Es necesario hacer notar que la Unión está llamada a intervenir solo si los objetivos de la acción pretendida puedan alcanzarse mejor, considerando la dimensión o los efectos de la acción pretendida, a escala de la Unión, es decir, ella solo va a actuar cuando el Estado miembro no pueda alcanzar por sí solo y de una manera suficiente un determinado objetivo dentro de su propia esfera de competencia. En consecuencia, de este diseño institucional resulta que no se presume que frente a una determinada contingencia la entidad deba intervenir, no puede actuar de oficio, sino que el Estado miembro que se halle en dificultades debe invocar su intervención, en tanto que el TJUE es competente para realizar el control judicial de la aplicación del principio de subsidiaridad²⁹ a fin de evitar que el poder de la Unión desborde las potestades de los Estados miembros³⁰,³¹. Entonces, dicha intervención sobre el Estado miembro debe justificarse, correspondiendo eventualmente esta calificación de los motivos al TJUE, en términos equivalentes a lo que dispone el artículo 19 n.º 21 de la Constitución chilena. De esta forma, al exigir que la necesidad de que el Estado o sus organismos intervengan en actividades empresariales sea establecida (o calificada) a través de una ley de quórum calificado, donde

Los Parlamentos nacionales velarán por el respeto del principio de subsidiariedad con arreglo al procedimiento establecido en el mencionado Protocolo.

4. En virtud del principio de proporcionalidad, el contenido y la forma de la acción de la Unión no excederán de lo necesario para alcanzar los objetivos de los Tratados.

Las instituciones de la Unión aplicarán el principio de proporcionalidad de conformidad con el Protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad”.

²⁹ Esta competencia de control del TJUE se desprende de la lectura conjunta de los artículos 5 y 19 del Tratado de la Unión Europea y 256 y 263 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en cuanto entregan a dicho tribunal el control de la legalidad de los actos de la Unión.

³⁰ Joaquín ALCAIDE FERNÁNDEZ y Rafael CASADO RAIGÓN, *Curso de derecho de la Unión Europea*, p. 67.

³¹ A modo de ejemplo, considérese que la Constitución francesa consagra expresamente esta acción en defensa del principio de subsidiariedad:

“Artículo 88-6.- La Asamblea Nacional o el Senado podrán emitir un dictamen razonado sobre la conformidad de un proyecto de acto legislativo europeo con el principio de subsidiariedad. Dicho dictamen, del que se dará cuenta al Gobierno, será remitido por el Presidente de la Cámara correspondiente a los Presidentes del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión Europea.

Cada Cámara podrá interponer un recurso ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea contra un acto legislativo europeo por violación del principio de subsidiariedad. El recurso será trasladado por el Gobierno al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

A estos fines se podrán aprobar resoluciones, incluso fuera de los períodos de sesiones, según modalidades de iniciativa y discusión fijadas por el reglamento de cada Cámara. A petición de sesenta diputados o sesenta senadores, el recurso será de derecho”.

el mérito de dicha intervención no puede ser otro que la imposibilidad de alcanzarse el bien común sin dicha intervención estatal.

En cuanto al principio de proporcionalidad señala el mismo artículo lo siguiente:

"Artículo 5° TJUE.- 4. En virtud del principio de proporcionalidad, el contenido y la forma de la acción de la Unión no excederán de lo necesario para alcanzar los objetivos de los Tratados".

Se observa que este principio de proporcionalidad en el diseño institucional de la Unión Europea concuerda a la perfección con lo señalado en el párrafo n.º 79 de la encíclica *Quadragesimo Anno* del papa Pío XI, en cuanto a que las entidades superiores deben ayudar a las inferiores a cumplir sus propios fines, pero sin destruirlos y absorberlos, es decir, el principio de proporcionalidad sirve para moderar la intensidad con la cual la Unión va a intervenir en el Estado miembro para alcanzar el objetivo esperado, que este último no es capaz de lograr eficientemente actuando por sí solo. En otras palabras, en la Unión Europea la magnitud de la intervención subsidiaria de esta sobre los Estados miembros da la proporcionalidad. Y haciendo una razonable analogía entre el sistema europeo y el sistema constitucional chileno, la magnitud de la intervención subsidiaria del Estado debiera ser el bien común, de acuerdo con las exigencias que la sociedad chilena considere necesarias en cada tiempo. Será dicho bien el que modere la intervención del Estado para ayudar a los grupos intermedios a cumplir sus propios fines específicos, pero sin destruirlos ni absorberlos.

Solo aplicando el principio de subsidiariedad en el sentido de la encíclica *Quadragesimo Anno* de 1931, que es la misma forma en la cual se aplica en la Unión Europea, resulta de una coherencia plena, la aseveración de que el principio de subsidiariedad fue concebido para alcanzar el bien común. Por el contrario, de entenderlo en la forma en que se ha venido aplicando en Chile, con el sentido de que el Estado debe, en la práctica, abstenerse de participar en actividades económicas, cualesquiera sean las circunstancias, termina siendo imposible materializar el principio de la servicialidad del Estado contenido en el inciso 4 del artículo 1º de la Constitución, esto es, que el Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común.

Luego, es posible definir el principio de subsidiariedad como el adecuado equilibrio entre el principio de las autonomías sociales y el principio de la servicialidad del Estado, donde dicho equilibrio debe ser evaluado de manera constante con la finalidad de alcanzar el bien común.

La primera consecuencia que deriva de esta reformulada interpretación del principio de subsidiariedad –concordante con la doctrina social

e la Iglesia católica y con la interpretación dada en la Unión Europea— es que desaparece la supuesta contradicción que se desprendería de una interpretación literal de los incisos 3 y 4 del artículo 1° de la Constitución, a saber, que interpretar en forma tan extrema el principio de las autonomías sociales anula el principio de la servicialidad del Estado, con lo que, además, se concluye que el texto constitucional está bien escrito y en plena concordancia con los orígenes históricos y dogmáticos del principio de subsidiariedad.

La segunda consecuencia que fácilmente fluye de esta reformulada interpretación es que se consigue, de inmediato, un texto constitucional con un perfil mucho más social que el que en estos últimos tiempos se ha pretendido imponer en la opinión pública. Lo anterior, en cuanto a que la Constitución sustentaría un supuesto neoliberalismo extremo y descontrolado, que, en definitiva, ha arrinconado al Estado, quedando su papel reducido a realizar los malos negocios que el privado no considera rentables. Por el contrario, con la reinterpretación que se propone desaparece la antítesis Estado subsidiario versus Estado social que, desagrada decir, se ha asentado en la sociedad chilena, como se desprende de este trabajo, sin un real fundamento, ya que, como se ha demostrado, la señalada oposición de concepciones del Estado se funda, en realidad, en una equivocada interpretación de los principios y conceptos en juego.

Reafirmando la interpretación que se viene apuntando, cabe destacar que la profesora Ángela Vivanco³² señala, además, que la subsidiariedad, entendida como la primacía de la persona humana por sobre el Estado, lleva por fuerza a la servicialidad del Estado, y a entender la libre iniciativa privada en términos generales, no solo económicos. Con ello se comprende dentro de esta libre iniciativa toda actividad de participación³³, incluida, por cierto, la participación ciudadana en la gestión pública en los términos de la Ley n.° 20500 de 2011.

Y en cuanto al requisito de la ley de quórum calificado del artículo 19 n.° 21 inciso 2 de la Constitución, solo hay que agregar que dicho requisito de “calificación de la conveniencia” de que el Estado intervenga para alcanzar el bien común no es para nada un “súper quórum” imposible de alcanzar, es simplemente la mayoría absoluta de los diputados y senadores en ejercicio³⁴. Dicha conformación se funda en el simple hecho de que en nuestro sistema constitucional, cada vez que la Constitución señala una regla general que sea susceptible de ser dejada sin efecto, es decir, de

³² Actual ministra de la Corte Suprema.

³³ VIVANCO, *op. cit.*, p. 63.

³⁴ Artículo 66 de la Constitución.

establecerse una excepción a dicha regla general, el mecanismo instaurado para activar dicha excepción es mediante una ley aprobada con un quórum reforzado de mayoría absoluta. A modo de ejemplo, téngase en cuenta que el monopolio de las armas recae en las Fuerzas Armadas y de Orden, a menos que una ley de quórum calificado autorice a los particulares poseer o tener armas u otros elementos similares (artículo 103); la pena de muerte solo puede ser establecida por una ley de quórum calificado (artículo 19 n.º 1); los actos de los órganos del Estado son públicos, a menos que una ley de quórum calificado establezca el secreto (artículo 8); o el ya señalado derecho fundamental de la libertad de empresa, salvo que una ley de quórum calificado autorice actividades empresariales del Estado (artículo 19 n.º 21).

En resumen, para cerrar este apartado, se apunta que el principio de subsidiaridad está también presente en varias actuales Constituciones del mundo, donde en la mayoría predomina el sentido histórico y dogmático del principio ya señalado a lo largo de este trabajo³⁵.

Recapitulando, existen tres maneras distintas de "concebir" el principio de subsidiariedad:

Concepción 1^a: debe primar la persona humana (y la familia) por sobre el Estado, que es el sentido original del papa Pío XI.

Concepción 2^a: en términos más generales, que la antítesis "persona-Estado", trata de estructurar la sociedad en grupos intermedios ordenados en "niveles de acción", de forma tal que solo deberá actuar una entidad de nivel superior cuando la de nivel inferior no pueda cumplir satisfactoriamente sus propios fines específicos, para así alcanzar el bien común. Esta es la manera en que funciona la Unión Europea, de forma tal que ante una situación problemática primero interviene quien esté más cerca del problema, y solo entonces –y en caso de ser necesario– se irá escalando a niveles superiores.

Concepción 3^a: entender que el Estado no debe realizar actividades económicas, sino que de una forma muy marginal y en casos extremos, con una postura muy desventajosa como es la de asumir los "malos negocios", interpretación que se ha asentado en el último tiempo en Chile.

³⁵ De los ejemplos señalados en la nota 2 de este trabajo, el principio de subsidiariedad es mencionado con el sentido de "niveles de acción" en las Constituciones de Alemania (artículo 23), Francia (artículo 88-6), Portugal (artículos 6 y 7), Túnez (artículo 134), Panamá (artículo 233), y Ecuador (artículos 269 y 270), en tanto que se le menciona con un claro sentido económico en las Constituciones de Perú (artículo 60) y República Dominicana (artículo 219).

De esta forma, se pueden delinear las siguientes conclusiones:

- a) La Concepción 3ª, actualmente imperante en Chile, es una interpretación demasiado extrema, que no se condice con los orígenes del principio de subsidiariedad, y que, además, se aparta de modo manifiesto, de la Concepción 1 y la Concepción 2, que sí son concordantes entre sí.
- b) El inciso 3 del artículo 1° de la Constitución no menciona de manera explícita el ámbito económico, sino que el principio de las autonomías sociales está formulado en términos generales, razón por la cual no hay motivo alguno que justifique llevar al principio de subsidiariedad al extremo circunscribiendo su ámbito de aplicación al área económica.
- c) El artículo 19 n.° 21 de la Constitución tampoco señala en forma perentoria al Estado una prohibición de intervenir en actividades económicas, sino que solo señala como restricción un requisito formal para activar la excepción a la regla general de la libertad de empresa, que es dictar al efecto una ley de quórum calificado que justifique la necesidad de dicha intervención para alcanzar el bien común. Y al menos en teoría el sector político que demanda más acción estatal siempre ha tenido los votos necesarios en el Congreso (la mayoría absoluta).

Resta ahora determinar qué es lo que correctamente debería entenderse por el “bien común”, de modo tal que haya una correcta armonía entre este concepto y el sentido que ya se ha manifestado que debe darse al principio de subsidiariedad.

V. ¿Qué se entiende por “bien común” en la Carta de 1980?

Parte importante de la doctrina constitucional chilena, en especial quienes escribieron en la época en que la actual Carta Fundamental fue redactada, ha hecho alusión o cita explícita de las actas de la Comisión Ortúzar haciendo notar que los comisionados siempre dejaban constancia de que, al utilizar conceptos como “bien común” y “contribuir a crear condiciones sociales” –ambas expresiones contenidas en el inciso 4 del artículo 1° que establece el principio de la servicialidad del Estado– lo hacían dando a dichos conceptos el significado que les atribuía la doctrina social de la Iglesia católica en varios documentos oficiales, por ejemplo, las encíclicas *Quadragesimo Anno* del papa Pío XI de 1931 y *Mater et Magistra* del papa Juan XXIII de 1961; así como también la constitución pastoral del

Concilio Vaticano II *Gaudium et Spes* del papa Paulo VI de 1965³⁶. En consecuencia, la importancia de consultar dichos documentos en nuestro sistema constitucional no es pretender interpretar los conceptos apelando a la autoridad moral de la Iglesia católica o de los papas, sino que la relevancia de considerar estos documentos es estrictamente jurídica: en dichos documentos está el verdadero sentido de las palabras que los constituyentes tuvieron en mente al redactar la Carta Fundamental, con lo cual la correcta interpretación de los preceptos constitucionales debe efectuarse sin dejar de lado el sentido que en aquellos documentos se les atribuye a los conceptos que la norma emplea.

Por ejemplo, son extremo interesantes los párrafos n.º 53 y n.º 65 de la encíclica *Mater et Magistra* del papa Juan XXIII:

“53. Esta acción del Estado, que fomenta, estimula, ordena, suple y completa, está fundamentada en el principio de la función subsidiaria, formulado por Pío XI en la encíclica *Quadragesimo anno*: «Sigue en pie en la filosofía social un gravísimo principio, inamovible e inmutable: así como no es lícito quitar a los individuos y traspasar a la comunidad lo que ellos pueden realizar con su propio esfuerzo e iniciativa, así tampoco es justo, porque daña y perturba gravemente el recto orden social, quitar a las comunidades menores e inferiores lo que ellas pueden realizar y ofrecer por sí mismas, y atribuirlo a una comunidad mayor y más elevada, ya que toda acción de la sociedad, en virtud de su propia naturaleza, debe prestar ayuda a los miembros del cuerpo social, pero nunca destruirlos ni absorberlos.

65. Para dar cima a esta tarea con mayor facilidad, se requiere, sin embargo, que los gobernantes profesen un sano concepto del bien común. Este concepto abarca todo un conjunto de condiciones sociales que permitan a los ciudadanos el desarrollo expedito y pleno de su propia perfección³⁷.

Juzgamos además necesario que los organismos o cuerpos y las múltiples asociaciones privadas, que integran principalmente este incremento de las relaciones sociales, sean en realidad autónomos y tiendan a sus fines específicos con relaciones de leal colaboración mutua y de subordinación a las exigencias del bien común.

Es igualmente necesario que dichos organismos tengan la forma externa y la sustancia interna de auténticas comunidades, lo cual sólo podrá lograrse cuando sus respectivos miembros sean considerados en ellos como personas y llamados a participar activamente en las tareas comunes”.

³⁶ CEA, *op. cit.*, p. 223; SILVA, *op. cit.*, p. 53 y. 67-68; NOGUEIRA, *op. cit.*, pp. 571 y 575; JIMÉNEZ y JIMÉNEZ, *op. cit.*, p. 107; VIVANCO, *op. cit.*, p. 64; FERNANDOIS, *op. cit.*, p. 89.

³⁷ Es necesario hacer notar que en esta oración de la encíclica se utiliza la expresión “conjunto de condiciones sociales” que alude con claridad a un resultado esperado, y con idéntico sentido que el del inciso 4 del artículo 1º de la Constitución, como si hubiese sido transcrito de aquel documento.

En el mismo sentido, resulta de especial interés el párrafo n.º 75 de la constitución pastoral *Gaudium et Spes* del papa Paulo VI³⁸.

³⁸ 75. Es perfectamente conforme con la naturaleza humana que se constituyan estructuras político-jurídicas que ofrezcan a todos los ciudadanos, sin discriminación alguna y con perfección creciente, posibilidades efectivas de tomar parte libre y activamente en la fijación de los fundamentos jurídicos de la comunidad política, en el gobierno de la cosa pública, en la determinación de los campos de acción y de los límites de las diferentes instituciones y en la elección de los gobernantes. Recuerden, por tanto, todos los ciudadanos el derecho y al mismo tiempo el deber que tienen de votar con libertad para promover el bien común. La Iglesia alaba y estima la labor de quienes, al servicio del hombre, se consagran al bien de la cosa pública y aceptan las cargas de este oficio.

Para que la cooperación ciudadana responsable pueda lograr resultados felices en el curso diario de la vida pública, es necesario un orden jurídico positivo que establezca la adecuada división de las funciones institucionales de la autoridad política, así como también la protección eficaz e independiente de los derechos. Reconózcense, respétense y promuévanse los derechos de las personas, de las familias y de las asociaciones, así como su ejercicio, no menos que los deberes cívicos de cada uno. Entre estos últimos es necesario mencionar el deber de aportar a la vida pública el concurso material y personal requerido por el bien común. Cuiden los gobernantes de no entorpecer las asociaciones familiares, sociales o culturales, los cuerpos o las instituciones intermedias, y de no privarlos de su legítima y constructiva acción, que más bien deben promover con libertad y de manera ordenada. Los ciudadanos por su parte, individual o colectivamente, eviten atribuir a la autoridad política todo poder excesivo y no pidan al Estado de manera inoportuna ventajas o favores excesivos, con riesgo de disminuir la responsabilidad de las personas, de las familias y de las agrupaciones sociales.

A consecuencia de la complejidad de nuestra época, los poderes públicos se ven obligados a intervenir con más frecuencia en materia social, económica y cultural para crear condiciones más favorables, que ayuden con mayor eficacia a los ciudadanos y a los grupos en la búsqueda libre del bien completo del hombre. Según las diversas regiones y la evolución de los pueblos, pueden entenderse de diverso modo las relaciones entre la socialización y la autonomía y el desarrollo de la persona. Esto no obstante, allí donde por razones de bien común se restrinja temporalmente el ejercicio de los derechos, restablézcase la libertad cuanto antes una vez que hayan cambiado las circunstancias. De todos modos, es inhumano que la autoridad política caiga en formas totalitarias o en formas dictatoriales que lesionen los derechos de la persona o de los grupos sociales.

Cultiven los ciudadanos con magnanimidad y lealtad el amor a la patria, pero sin estrechez de espíritu, de suerte que miren siempre al mismo tiempo por el bien de toda la familia humana, unida por toda clase de vínculos entre las razas, pueblos y naciones.

Los cristianos todos deben tener conciencia de la vocación particular y propia que tienen en la comunidad política; en virtud de esta vocación están obligados a dar ejemplo de sentido de responsabilidad y de servicio al bien común, así demostrarán también con los hechos cómo pueden armonizarse la autoridad y la libertad, la iniciativa personal y la necesaria solidaridad del cuerpo social, las ventajas de la unidad combinada con la provechosa diversidad. El cristiano debe reconocer la legítima pluralidad de opiniones temporales discrepantes y debe respetar a los ciudadanos que, aun agrupados, defienden lealmente su manera de ver. Los partidos políticos deben promover todo lo que a su juicio exige el bien común; nunca, sin embargo, está permitido anteponer intereses propios al bien común.

De la lectura de estos documentos, lo primero que salta a la vista es constatar que en todos ellos efectivamente se hace constante alusión a los conceptos que aquí se han revisado: "subsidiariedad", "cuerpos privados", "cuerpo social", "ayuda mutua", "bien común", "propios fines específicos", "contribuir a crear condiciones sociales", etcétera.

En segundo lugar llama con fuerza la atención que cuando se habla de "bien común", de "propios fines específicos", o de "contribuir a crear condiciones sociales", es claro que se hace referencia a un resultado esperado, a metas concretas que deben lograr las sociedades, tanto los particulares como los gobiernos. En este punto cabe hacer notar que la expresión "contribuir a crear condiciones sociales" del inciso 4 del artículo 1° de la Constitución está transcrito de los señalados documentos de la doctrina social de la Iglesia católica a la luz de las constancias dejadas por la Comisión Ortúzar, es errada la crítica que se le suele hacer a esta norma en cuanto a que consagraría para el Estado una obligación de medios, o sea, "solo" contribuir a crear condiciones sociales, en vez de resultados como sería, por ejemplo, una vida digna. Resulta claro que la crítica apuntada, tal como ya se ha señalado con anterioridad surge por interpretar el texto constitucional desde el texto mismo, pero de un modo restrictivo, prescindiendo del contexto, de la historia fidedigna del establecimiento de la norma, y de las fuentes originales de los conceptos que son los señalados documentos emanados de la Iglesia católica.

Por el contrario, en los documentos transcritos se entiende, sin equívocos, el bien común como "el bien de todos y cada uno", el bien de cada individuo y, a la vez, el bien de la sociedad, todo lo anterior entendido como un resultado³⁹. No es ni el bien del colectivo (por sobre la perso-

Hay que prestar gran atención a la educación cívica y política, que hoy día es particularmente necesaria para el pueblo, y, sobre todo para la juventud, a fin de que todos los ciudadanos puedan cumplir su misión en la vida de la comunidad política. Quienes son o pueden llegar a ser capaces de ejercer este arte tan difícil y tan noble que es la política, prepárense para ella y procuren ejercitarla con olvido del propio interés y de toda ganancia venal. Luchen con integridad moral y con prudencia contra la injusticia y la opresión, contra la intolerancia y el absolutismo de un solo hombre o de un solo partido político; conságrense con sinceridad y rectitud, más aún, con caridad y fortaleza política, al servicio de todos.

³⁹ Además NOGUEIRA, *op. cit.*, p. 578, cita una sentencia del Tribunal Constitucional chileno de fecha 13 de septiembre de 1983, rol n.º 19, en el cual dicho tribunal estimó que el inciso 4 del artículo 1° de la Constitución define el bien común como "el conjunto 'de las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece'", es decir, reconoce que dicho inciso establece qué debe entenderse por bien común.

na), ni la suma de bienes individuales de los miembros de la sociedad, ni tampoco puede personificarse el bien común en el Estado (la pretendida noción de “lo público”).

De acuerdo con lo expuesto, cabe también hacer presente que la expresión del inciso 5 del artículo 1° de la Constitución

“Es deber del Estado... promover la integración armónica de todos los sectores de la Nación y asegurar el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional”

está tomada del artículo 3° de la Constitución Italiana^{40, 41}, cuyo inciso 2 señala lo siguiente:

“Constituye obligación de la República suprimir los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la participación efectiva de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país”.

Pues bien, al confrontar ambas normas (inciso 5 del artículo 1° de la Carta chilena e inciso 2 del artículo 3° de la italiana), no solo se hace evidente la similitud, sino que, además, en ambos textos se observa la obligación de resultado, impuesta al Estado: “remover todos los obstáculos que se opongan a la igualdad de oportunidades”, con lo cual se termina de refutar la tesis de que “contribuir a crear condiciones sociales” solo obligaría al Estado a “intentarlo”.

Por otra parte, y volviendo sobre la antítesis de un Estado subsidiario o solidario, son varios los profesores que han entendido que el “bien común” por fuerza implica “solidaridad”⁴². Quienes hoy reclaman que Chile debiera ser un Estado “social y democrático de derecho” en vez de un estado “subsidiario” fundamentan su demanda señalando que lo característico del Estado social es la solidaridad, una solidaridad que hoy le faltaría al Estado de Chile. Sin embargo, siguiendo con el silogismo, si el bien común implica necesariamente solidaridad, y la solidaridad es

⁴⁰ NOGUEIRA, *op. cit.*, p. 580.

⁴¹ “Artículo 3°.- Todos los ciudadanos tendrán la misma dignidad social y serán iguales ante la ley, sin distinción de sexo, raza, lengua, religión, opiniones políticas ni circunstancias personales y sociales.

Constituye obligación de la República suprimir los obstáculos de orden económico y social que, limitando de hecho la libertad y la igualdad de los ciudadanos, impiden el pleno desarrollo de la persona humana y la participación efectiva de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del país”.

⁴² CEA, *op. cit.*, p. 223. Además FERMANDOIS, *op. cit.*, pp. 92-93 cita en tal sentido a Álvaro D’Ors y Alejandro San Francisco Reyes.

lo que caracteriza al Estado social, por ende, se tiene que si el Estado de Chile debe promover el bien común (léase solidaridad), el Estado de Chile es un Estado social, con lo cual se refuta otra de las críticas que en la actualidad se le hace a la Carta de 1980.

Una vez más, es posible constatar la artificialidad de la controversia, creada por interpretar las normas en forma aislada y desde el texto mismo, en vez de leer la Constitución completa, sin sesgos, y considerando la historia fidedigna de su establecimiento y el origen histórico y dogmático de los principios y conceptos que la componen. Por consiguiente, es falso que el texto actual de la Constitución no permita mayor solidaridad si en efecto, el bien común requiere de solidaridad, especialmente, si se considera dicho bien común como una obligación de resultado. Es de notar, que en la gran reforma constitucional de 2005 no se aprobó incorporar al texto la referencia a que Chile sería un "Estado social", en concreto, porque no hubo acuerdo en cuanto a qué sentido nuevo le aportaba dicho concepto al texto que fuera diferente a lo que señala el texto vigente (el bien común solidario como resultado). Cabe recordar también que el "pilar solidario" fue incorporado al sistema previsional chileno por la presidenta Michelle Bachelet mediante la Ley n.º 20255 de 2008 sin cambiarle ni una coma a la Constitución, solo apelando al bien común.

Es del caso también recordar palabras de la profesora Ángela Vivanco, quien señala que el principio de subsidiariedad configura un "Estado neutro"⁴³, pues solo así se coordina de un modo adecuado la subsidiariedad con la servicialidad y el bien común, ya que un "Estado muy mínimo" no es solidario. Se trata, en realidad, el mismo razonamiento ya planteado. Además, se puede encuadrar dentro del bien común, interpretando de una manera aún más amplia, por ejemplo, los deberes regulatorios del Estado sobre el mercado con la finalidad de proteger a los consumidores o la libre competencia, pues, en definitiva, todas son manifestaciones de la servicialidad del Estado, a saber, de su deber de promover el bien común.

Se concluye reiterando el siguiente parecer: con el tiempo la subsidiariedad se ha interpretado en Chile de una forma bastante restrictiva, casi como prohibición absoluta para el Estado de intervenir en las actividades económicas, interpretación, puede, en efecto, "anular" el principio de la servicialidad. No es posible que dos principios constitucionales se anulen entre sí, y con mayor razón si están en el mismo artículo y en incisos contiguos. Por el contrario, la subsidiariedad bien entendida es una preferencia por la persona humana, más no una inhibición a la actividad económica estatal.

⁴³ VIVANCO, *op. cit.*, p. 34.

VI. ¿Qué pasaría si el inciso 4 realmente señalara una “obligación de medios”?

No obstante haber demostrado que las expresiones del inciso 4 del artículo 1° de la Constitución “promover el bien común” y “contribuir a crear condiciones sociales” hacen clara alusión a una obligación de resultado que se le impone al Estado de Chile; se asumirá, por un momento, la doctrina contraria. Ahora, se razonará qué ocurriría si, en verdad, se tratara de una obligación de medios (solo “intentar” alcanzar el bien común): ¿se produciría realmente algún efecto práctico distinto?

Sin adentrarse en la clásica discusión acerca de cuál es la naturaleza de la responsabilidad del Estado⁴⁴, que es propia del derecho administrativo, se recurrirá al derecho civil para indagar en qué consiste la obligación de medios, a fin de poder dilucidar los efectos que, en determinada eventualidad, podría ocasionar el acoger la hipótesis alternativa de que el inciso 4 del artículo 1° contenga, de veras, una mera obligación de medios para el Estado. Para cumplir este fin, se sustentará la reflexión en la obra del profesor Daniel Peñailillo⁴⁵.

En la obligación de resultado, la regla general es la buena fe, en tanto que el dolo equivale a mala fe, por lo que quien lo alega debe probarlo mientras que la culpa contractual se presume por el solo hecho del incumplimiento, según el artículo 1547 del *Código Civil*. En la obligación de medios, en cambio, “la diligencia” integra la prestación, aun cuando no es un elemento de la obligación. La importancia de caracterizar la obligación de medios es precisar qué se entiende por incumplimiento o, más bien dicho, cuándo esta obligación “se incumple”.

Las obligaciones de medios corresponden generalmente a una obligación de “hacer”, entretanto, las obligaciones de resultado se tratan, sin duda, de obligaciones de dar y de no hacer. La obligación de medios, por ende, corresponde a un modo de comportarse, no es una prestación en sí misma, y por esto es llamada también “obligación de prudencia y diligencia”. Se suele criticar a esta denominación “obligación de medios” que toda obligación, en definitiva, se encamina a un resultado, pues no se concibe un medio que se dirija a “nada”. En consecuencia, en las obligaciones de medios el resultado se restringe al intento, pero con la debida diligencia para tratar de llegar a “algo”, es decir, no es solo intentar un resultado (no es “intentar no más”).

⁴⁴ Si es objetiva o subjetiva, y el problema de la “falta de servicio”.

⁴⁵ Daniel PEÑAILILLO ARÉVALO, *Obligaciones*, p. 222 y ss.

Para determinar el momento en que la obligación de medios se incumple es necesario distinguir el incumplimiento de la culpa. Así, conforme al artículo 1698 del *Código Civil*⁴⁶, en la obligación de medios si el deudor alega la extinción de la obligación (es decir que cumplió), debe probar la diligencia (que no hubo culpa), y como en la obligación de medios el incumplimiento y la culpa casi pasan a identificarse, el deudor queda liberado de culpa. Por el contrario, conforme a la misma regla del artículo 1698, en la obligación de resultado si el deudor alega la extinción de la obligación (que cumplió), también debe probarlo, pero la culpa se presume por el artículo 1547, con lo cual no queda liberado a menos que además pruebe caso fortuito o ausencia de culpa.

En consecuencia, la obligación de medios no es simplemente "tratar" de llegar a un resultado, sino que implica hacer lo posible para alcanzar ese resultado "pero con diligencia", pues en caso de no haberlo intentado con diligencia la obligación se entiende incumplida (habrá culpa). Lo importante es entender que en la obligación de medios la culpa es el incumplimiento mismo, por lo cual el acreedor debe probar la falta de diligencia (que la obligación no se ha cumplido, es decir, que hubo culpa), con lo cual se invierte el peso de la prueba (no se presume la culpa) para así armonizar el 1547 con el 1698.

De lo dicho, se pueden obtener dos conclusiones:

Primero, la obligación de medios no es "solo intentar" un resultado, sino que es intentarlo con diligencia, lo cual demuestra que quienes critican el inciso 4 del artículo 1° en términos de que "promover el bien común" y "contribuir a crear condiciones sociales" sería una mera obligación de medios no están entendiendo, en realidad, en qué consiste una obligación de medios, pues la diligencia integra la prestación. Otra vez cometen el error de interpretar desde el texto.

Y segundo, aun cuando el inciso 4 estableciera una obligación de medios para el Estado de Chile, como todo medio se encamina a un resultado que debe ser intentado con diligencia, y en estas obligaciones la culpa debe probarse, no puede aseverarse que el Estado no deba emplear diligencia en la promoción del bien común.

En consecuencia, solo cabe concluir que la crítica al inciso 4 en el sentido de que solo contendría una obligación de medios, queriendo significar que el Estado no está obligado a llegar a algo concreto, no se

⁴⁶ "Artículo 1698, inciso primero.- Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta".

sostiene, pues, si bien el resultado aquí se reduce al intento, este ha de efectuarse empleando la debida diligencia. Y, por ello, aun cuando el inciso 4 estableciese una obligación de medios, no cambiaría en nada todo lo que hasta aquí se ha venido postulando en cuanto al deber del Estado de promover el bien común.

VII. *¿Cómo interpretar la causal “que el particular no pueda actuar”?*

Siguiendo al profesor Arturo Fermandois⁴⁷, para la aplicación del principio de subsidiariedad es necesario distinguir entre actividades indelegables o “no subsidiables”, de aquellas “subsidiables”. El primer caso se trata de aquellas que corresponden naturalmente al Estado, y que por ello nunca podrán ser entregadas a los grupos intermedios, por ejemplo, la diplomacia, la defensa nacional o la administración de justicia, que, en definitiva, se suelen identificar con la superación de lo que en economía se denomina “fallos de mercado”⁴⁸. En el segundo caso, se entenderán como actividades subsidiarias o “subsidiables” a aquellas actividades que, por su naturaleza, en principio sí pueden ser desempeñadas por los particulares, y es respecto de este tipo de actividades que el Estado deberá subsidiar o “suplir” a los privados cuando estos no puedan desempeñar dichas actividades a entera satisfacción y el bien común exija la intervención estatal como consecuencia de su deber de promover este bien fundamental.

Se dice, por tanto que, en virtud del principio de subsidiariedad, el Estado está llamado a intervenir cuando el particular “no quiere” o “no puede” desempeñar una determinada actividad, pero siempre mirando el problema bajo el criterio de que es deber del Estado promover el bien común. Se destaca que siempre el criterio que va a desencadenar la intervención estatal es la búsqueda del bien común.

Continúa Arturo Fermandois⁴⁹ señalando tres condiciones ineludibles para que se produzca una intervención del Estado en materias subsidiables:

⁴⁷ FERMANDOIS, *op. cit.*, p. 91.

⁴⁸ Según el profesor Paul Krugman, Premio Nobel de Economía año 2008, un fallo de mercado “*se refiere a la forma en la que la prosecución individual del propio interés genera malos resultados para la sociedad en su conjunto*”, Paul KRUGMAN, Robin WELLS y Kathryn GRADY, *Fundamentos de economía*, Glosario p. G-5. En definitiva, se trata de situaciones en que el mercado actuando solo no logra llegar a un resultado eficiente para alcanzar el bien común, por ejemplo, surgen monopolios, colusiones, externalidades negativas, etcétera.

⁴⁹ FERMANDOIS, *op. cit.*, pp. 90-91.

1. "Que se trate de actividades, fines o bienes particulares claramente convenientes para el bien común general";

2. "Que los particulares no estén logrando en un nivel adecuado dichos fines o bienes particulares, o no exista en dicha área presencia alguna de particulares que, vía ejercicio de los derechos emanados del principio de las autonomías sociales, se hayan propuesto alcanzar dichos fines" y

3. "Que el Estado haya agotado legalmente todo su esfuerzo para que los particulares asuman tales actividades. El Estado debe siempre propender a que sean los particulares los que asuman las actividades que se pretende subsidiar, porque lo contrario revela un vacío y una falta de vitalidad del cuerpo social que naturalmente tiende a subsanarse por obra de la naturaleza humana".

Y una vez producida la intervención requerida, el Estado adquiere dos obligaciones:

- a) Ejercer las funciones estimulando siempre a los particulares a que suplan el vacío social cuanto antes y en la mayor medida posible y
- b) El Estado debe retirarse y cesar su intervención en el momento mismo en que los particulares asuman las actividades subsidiadas en un nivel compatible y aceptable para el bien común general⁵⁰.

¿Y si por un instante se dejase la norma y se observara la intervención del Estado ya no como juristas, sino desde la perspectiva de la economía? Es que, con sorpresa, se vería que el resultado sería casi el mismo, respetando, como es de suponer, los lógicos matices que postulan las diversas escuelas de pensamiento. En efecto, se dice en economía que la justificación para que el Estado intervenga a través de una política pública siempre se va a hallar en alguna de las siguientes dos causales, no necesariamente excluyentes: eficiencia y equidad.

Se entiende por eficiencia la *maximización del excedente*, es decir, que el fin propuesto se logre con la *mayor diferencia entre el beneficio y el coste*. No es obtener "más por menos", pues en tal caso se tienen dos incógnitas y con ello un problema insoluble. Se trata de entender que si dicho coste es tan alto que impide a los particulares alcanzar soluciones que maximicen el excedente (que sean eficientes), entonces el Estado

⁵⁰ SEGOVIA, *op. cit.*, pp. 105 y 109 señala que se critica a Arturo Fermandois por ser demasiado "libertario", y que solo pretendería constitucionalizar sus ideas. Sin embargo, es factible pensar que dicha crítica no procede sí y solo sí se entiende el "bien común" en el sentido ya antes apuntado, esto es, como un resultado, y entendiendo, además, que el estándar con que se mide dicho resultado va variando a través del tiempo según cómo evoluciona la sociedad.

deberá intervenir. Se trata, en definitiva, de desempeñar una determinada actividad maximizando el excedente, y considerando en la medida de lo posible la minimización del gasto social, es decir, tratar de sacar el mayor provecho posible a la utilización de los recursos para obtener un objetivo que está ya “determinado”⁵¹. Y en esto consisten las políticas públicas tendientes a corregir los fallos de mercado, como son el poder de mercado⁵², la información asimétrica⁵³, los bienes públicos⁵⁴ y las externalidades⁵⁵. Se debe recordar que, en definitiva, una economía de “libre mercado” significa una economía “libre de fallos de mercado” o en condiciones de “competencia perfecta”, donde ningún agente es capaz de influir por sí solo en el comportamiento del mercado (se dice que todos los agentes son “precioaceptantes”), y para que un mercado se encuentre, en efecto, en condiciones de competencia perfecta es indispensable la regulación^{56, 57}.

⁵¹ Si el objetivo no está claramente determinado se caerá en la trampa del “más por menos”, con lo cual se habrá diseñado una política pública que no conduce a nada en concreto.

⁵² Por ejemplo los monopolios, oligopolios, monopsonios, etcétera, que fundamentan las normas de protección de la libre competencia (antimonopolio y competencia desleal).

⁵³ Una parte del intercambio económico tiene mejor información que la otra, lo cual se corrige, por ejemplo, con las normas de protección al consumidor.

⁵⁴ Aquellos en que no se puede excluir de un servicio al que no paga y, por consiguiente, si se deja al mercado actuar solo se genera una demanda que no corresponde a la real disposición de pago de las personas, por ejemplo, la defensa, la justicia, el alumbrado público.

⁵⁵ Los efectos sobre terceros sin que haya para ellos una compensación, por ejemplo la contaminación.

⁵⁶ Hay que considerar que la “competencia perfecta” no existe en el mundo real, sino que es una abstracción académica elaborada con fines pedagógicos, por consiguiente, lo normal es que los mercados tengan fallos, de hecho lo normal es que a la larga las empresas tienden a no competir. Un mercado libre de errores requiere regulación, por ende, es falsa la tan difundida aseveración de que el libre mercado es dejar que el mercado “se regule solo”, pues, como se ha dicho, el mercado actuando solo no se regula solo (no es eficiente, falla). Por esto se dice que “un capitalismo sin control produce pocos capitalistas”, pues surgen monopolios, concentraciones, colusiones, externalidades, etcétera, todas estas conductas que perjudican la competencia, a los consumidores y, en definitiva, al bien común.

⁵⁷ Cabe señalar también que, si bien en el lenguaje corriente las nociones de “capitalismo” y “libre mercado” suelen entenderse como sinónimos, esto es incorrecto. Cuando se habla de “capitalismo” generalmente se hace con connotaciones negativas tomando como base la teoría marxista, pero sin reparar en que Karl Marx (1818-1883), sin duda, escribió sobre los procesos y comportamientos sociales que él veía en su tiempo, en plena Revolución industrial, la época del “dejar hacer” (el *laissez faire*), el capitalismo puro y duro sin ningún tipo de regulación. Hoy, en cambio, el mercado “libre de fallos” exige la existencia del orden público económico (por ejemplo, la protección de la propiedad, la competencia, el consumidor, etcétera), las leyes laborales, la seguridad social, todo lo anterior fuertemente vinculado a organizaciones y tratados internacionales, todo con la finalidad de garantizar el bien común. Por consiguiente, las nociones de “capitalismo” y “libre mercado” no solo son distintas, sino que de plano ilustran situaciones contrarias,

A su vez, se entiende por equidad el que la sociedad, en su mayoría, desee un objetivo o resultado específico en un momento determinado, el cual deberá ser libremente manifestado por esta por medio de encuestas o, bien, a través del mecanismo que por excelencia permite que los ciudadanos manifiesten sus legítimas preferencias: las elecciones. Piénsese, entonces, en un momento determinado, es del todo razonable que el Estado implemente una política pública respondiendo al sentir de una mayoría de la población que se ha manifestado por medios legítimos⁵⁸. Por consiguiente, es erróneo aseverar que el Estado solo debe intervenir para corregir fallos de mercado (ineficiencias), y que, por tanto, solo serían actividades subsidiables las que el privado rechaza por no ser rentables, sino que al contrario, toda intervención estatal encontrará su fundamento en la eficiencia o en la equidad. Solo así se explica la "desneoliberalización" de Chile desde 2006⁵⁹.

Y entonces, ¡sorpresa! ¿Qué significa que el Estado deba intervenir por eficiencia o por equidad? Respuesta: ¡promover el bien común entendiéndolo como un resultado!

En caso de que el Estado deba intervenir, hay dos modelos de actuación para organizar las políticas públicas con la finalidad de alcanzar el bien común:

- a) Restaurar el mercado, en que el Estado va a adoptar medidas para eliminar la ineficiencia que padece el mercado, es decir, va a intervenir por medio de la regulación o
- b) Sustituir el mercado, situación en la cual el Estado derechamente va a asumir aquella actividad que el privado no puede desempeñar con eficiencia, en pos del bien común.

Pero de todas formas se debe considerar que el Estado también yerra, por ejemplo, por intereses partidistas, ideologías, sesgos cognitivos del regulador, corrupción, etcétera. Estos son los llamados "fallos del Estado", por lo que es erróneo asumir que estatizar todo es la panacea. Además, se debe considerar que la intervención del Estado siempre va a tener como limitación la disponibilidad presupuestaria, por lo que siempre será necesario establecer un orden de prelación para implementar las políticas públicas. Lo anterior en todo caso no cambia en nada la conclusión de que el bien común debe entenderse como un resultado. Simplemente se

pues mientras para el capitalismo la regulación es un obstáculo, el libre mercado en tanto no puede existir sin regulación.

⁵⁸ Por "legítimamente manifestada" entiéndase respetando las vías institucionales y el ordenamiento jurídico vigente.

⁵⁹ Véase nota 6.

trata de establecer prioridades, separar lo urgente de lo importante, así como también aceptar y fomentar la cooperación público-privada cuando esta modalidad permita una mejor gestión de los recursos o, bien, con rectitud, permitir que determinadas actividades sean desempeñadas por particulares, pero sometidas a una regulación que garantice valores como la excelencia y la transparencia.

Dicho todo lo anterior es fácil concluir que el principio de subsidiariedad bien entendido corresponde a un “adecuado equilibrio” entre el principio de las autonomías sociales y el principio de la servicialidad del Estado. Surge, así, la interrogante de cómo entender la causal de intervención del Estado “que el privado no pueda actuar”. Pareciera ser que, como dicha interpretación debe realizarse teniendo a la vista el deber del Estado de promover el bien común, puede, entonces, concluirse que un particular estaría imposibilitado de actuar no solo cuando él considere que no es capaz de realizar una acción determinada (la interpretación intuitiva), sino que, también, cuando “su libre actuación impida a la sociedad alcanzar el bien común”. En todo caso, esta nueva interpretación, que es más amplia que la intuitiva, deberá ser moderada por medio de la calificación de la necesidad de que el Estado intervenga a través de la autorización que exige el artículo 19 n.º 21 inciso 2 mediante una ley de quórum calificado, para así activar esta excepción a la regla general de la libertad de empresa. Con este supuesto de intervención estatal entendido de una manera más flexible, y desde una perspectiva más económica que aquella sujeta a la literalidad del texto, se obtiene una Carta Fundamental plenamente acorde con el principio económico de que las políticas públicas, sea que restauren o sustituyan al mercado, han de implementarse siempre por eficiencia o por equidad para alcanzar el bien común. Lo importante es entender que en una “economía social de mercado” el centro de la actividad económica es la persona^{60,61}, en tanto que el mercado y el Estado son meros instrumentos

⁶⁰ Santiago GARCÍA ECHEVARRÍA, “Necesidad de un orden económico-social para hacer frente a los problemas actuales”, p. 15 y ss.: La “economía social de mercado” pone al ser humano en el centro de la economía, no es solo superar fallos de mercado, sino que en esta concepción la actividad económica está sustentada en un sistema de valores que son considerados fundamentales para la sociedad. Así se reconstruyó primero la Alemania Federal tras el fin de la Segunda Guerra Mundial, y luego así se materializó la reunificación de Alemania tras caer el Muro de Berlín.

⁶¹ Resulta interesante el artículo 20 de la Constitución de Polonia, el cual señala que la economía social de mercado se basa, entre otros valores, en la solidaridad:

“Artículo 20.- La economía social de mercado, basada en la libertad de la actividad económica, la propiedad privada, y la solidaridad, el diálogo y la cooperación entre los agentes sociales, es la base del sistema económico de la República de Polonia”.

para alcanzar objetivos (el bien común), no son fines en sí mismos, y como ya se ha mostrado, ambos fallan⁶².

Tampoco debe perderse de vista que todo particular que emprende una actividad económica espera obtener un retorno, pero hay casos en que es cierto, muy a largo plazo. También habrá situaciones tan inciertas, que el riesgo de emprender es muy elevado. Por ejemplo, la construcción de una carretera implica grandes inversiones, pero el retorno siempre es cierto, aunque a largo plazo, razón por la cual hay particulares dispuestos a invertir, procediendo el Estado a concesionar estas grandes obras públicas, pero al contrario la I + D + i (investigación, desarrollo e innovación) requiere de grandes inversiones con un retorno tan incierto que los particulares suelen ser reacios a invertir, por lo que en estos casos suele ser el sector público quien va a asumir el costo de la actividad. En efecto, en la I + D + i el Estado es el principal inversor en investigación básica al crear el conocimiento inicial, situación que corresponde a la superación de un típico fallo de mercado⁶³, en tanto los inversores de riesgo (los privados) suelen financiar más la investigación aplicada por ser mucho menos riesgosa, pues se dirige a algo concreto. Se dice que los inversores de riesgo "surfean la ola" en vez de crearla, mientras que el Estado, por el contrario, no minimiza el riesgo, sino que "hace que ocurra" (invierte donde nadie lo hace)⁶⁴.

Hay que recordar que grandes marcas mundiales como Apple y Google, la carrera espacial⁶⁵, Internet, la biotecnología, la nanotecnología, las farmacéuticas, etcétera, han surgido financiadas en gran medida por el gobierno de Estados Unidos como parte de proyectos militares. Nótese siquiera todo lo que debió previamente crearse financiado por el gobierno estadounidense (investigación básica) para que sobre la base de ello Apple pudiera crear el iPhone (investigación aplicada): el compresor de señales, el microprocesador de datos, las baterías de iones de litio, la rueda clicable, la pantalla de cristal líquido, la pantalla multitáctil, la memoria caché, los HTTP y HTML, Internet, el GPS, Siri, etcétera⁶⁶. Resulta imposible no recordar las palabras de Isaac Newton⁶⁷ "Si he visto más lejos es porque estoy sentado sobre los hombros de gigantes" refiriéndose a los científicos

⁶² GARCÍA, *op. cit.*, p. 10.

⁶³ El Estado al tener que invertir en investigación básica genera una externalidad positiva de producción.

⁶⁴ Mariana MAZZUCATO, *El Estado emprendedor*, p. 121 y ss.

⁶⁵ De ella surgió toda la electrónica que hoy es indispensable en nuestras vidas.

⁶⁶ MAZZUCATO, *op. cit.*, p. 196.

⁶⁷ Quien formuló la ley de la gravitación universal y estableció las bases de la mecánica clásica mediante las tres leyes que llevan su nombre.

que lo precedieron, Galileo Galilei⁶⁸, Nicolás Copérnico⁶⁹ y Johannes Kepler⁷⁰, quienes serían los que desarrollaron la investigación básica que permitió después a Isaac Newton aplicarla a un nivel superior. Lo dicho precedentemente ejemplifica, de modo concreto, tareas indispensables para alcanzar el bien común que el Estado debe emprender en virtud del principio de subsidiariedad, pues en este caso la singular relación entre el riesgo y el retorno inhibe a los privados de invertir (se produce un fallo).

Se observa que la subsidiariedad bien entendida, como un adecuado equilibrio entre autonomía y servicialidad para el bien común, sí genera incentivos a los particulares para innovar, con lo cual el papel del Estado para incentivar la innovación resulta fundamental. Por el contrario, la historia muestra que aquellos Estados que no invierten en fomentar la innovación no pueden generar un cambio tecnológico sostenido por dos razones: la falta de incentivos económicos y la resistencia por parte de las élites⁷¹. En efecto, el miedo de las élites (de todo tipo) a lo que el gran economista Joseph Schumpeter llamó la “destrucción creativa”⁷², esto es, la importancia de la innovación para la economía, ante la posibilidad de que la innovación ponga fin a sus privilegios, lleva irremediablemente a que las instituciones que no promueven la destrucción creativa hacen que las sociedades entren en decadencia, a modo de ejemplo: Roma, Venecia, los mayas, la Unión Soviética⁷³, y en general los imperios coloniales de los siglos XVI a XX.

Recapitulando, esta forma más amplia y flexible de interpretar la causal de intervención del Estado “que el privado no pueda”, fundada, además, desde la economía en la eficiencia y la equidad para alcanzar el bien común, evidentemente contribuye a tener una Carta Fundamental que responde mejor a las nuevas demandas sociales, con un perfil mucho más solidario que el que se ha asentado en los últimos tiempos en Chile.

VIII. Conclusiones

El principio de subsidiariedad es ideológicamente neutro, y su origen histórico y dogmático se funda en la necesidad de que entidades de ni-

⁶⁸ El padre de la astronomía y de la física moderna.

⁶⁹ Quien postuló el modelo heliocéntrico del universo.

⁷⁰ Quien estableció las tres leyes sobre el movimiento de los planetas en órbita alrededor del Sol que llevan su nombre.

⁷¹ Daron ACEMOGLU y James A. ROBINSON, *Por qué fracasan los países*, p. 157.

⁷² Para Joseph Schumpeter lo que caracteriza al emprendimiento es la innovación, al contrario de la asentada práctica de llamar “emprendimiento” al mero hecho de iniciar un negocio.

⁷³ ACEMOGLU y ROBINSON, *op. cit.*, p. 206.

veles superiores ayuden a las inferiores cuando estas por sí solas no sean capaces de alcanzar sus propios fines específicos de manera eficiente, para así lograr el bien común, pero concibiendo este último como un resultado a alcanzar en concreto.

El Estado es importante, no obstante, es solo una herramienta al servicio de la persona para alcanzar el bien común, como reza el artículo 1° de la Carta de 1980, en plena armonía con el contenido fundamental de la subsidiariedad. En tanto el mercado también es solo otra herramienta para lograr el mismo fin, y ambos, Estado y mercado, experimentan fallos, no son infalibles.

En Chile se fue imponiendo una interpretación demasiado restrictiva de la subsidiariedad, que es fruto de un sesgo interpretativo, no de la redacción del artículo 1°. Como consecuencia, muchos de los actuales problemas sociales que experimenta el país son efectos de políticas públicas fundadas en esta interpretación extrema, falsa y con un sesgo ideológico claro, que no corresponde ni a la literalidad del texto constitucional, ni a los orígenes del principio ni a su aplicación en otras latitudes.

En la actualidad, en que cada vez se exige más solidaridad y redistribución, y progresivamente la regulación va aumentando, se puede concluir que el capitalismo puro y el neoliberalismo puro no existen, y es muy difícil que vuelvan a existir. Así, en Chile se observa más o menos desde 2006 un sostenido proceso de "desneoliberalización", a través de más regulación, más solidaridad, más redistribución, alzas de impuestos, etcétera, y todo ello sin moverle una coma a la Constitución, lo cual lleva a concluir que es falso que "el modelo" sea la fuente de los problemas que hoy padece Chile, y, además, demuestra que "el modelo" está en las leyes, no en la Constitución.

"El cojo le echa la culpa al empedrado": la pugna sobre el papel subsidiario o solidario del Estado en Chile, fundada en que este termina asumiendo los malos negocios que el privado rechaza, es artificial, pues la solución siempre ha estado en el texto constitucional: "social" es "bien común" y bien común implica "solidaridad". Aquí más que fracasar el modelo lo que fracasó es una praxis política fundada en el cortoplacismo, una falta de voluntad de resolver problemas que se soluciona interpretando y legislando bien. Sin esta voluntad, una nueva Constitución no va a cambiar nada.

Por el contrario, el artículo 1° de la Constitución tiene una redacción bastante neutra como para permitir una amplia gama de políticas públicas más solidarias y redistributivas dentro del marco de una "economía social de mercado" centrada en la persona, y así, al interpretar la norma en línea con las fuentes históricas y dogmáticas del principio de subsidiariedad,

de inmediato, la Carta de 1980 adquiere un perfil mucho más social del que en la actualidad se le suele atribuir.

Bibliografía citada

- ACEMOGLU, Daron y James A. ROBINSON, *Por qué fracasan los países*, Barcelona, Deusto, 2014.
- ALCAIDE FERNÁNDEZ, Joaquín y Rafael CASADO RAIGÓN (coords.), *Curso de derecho de la Unión Europea*, 3ª ed., Madrid, Editorial Tecnos, 2018.
- ALISTE SANTOS, Tomás J., *Sistema de Common Law*, Salamanca, Ratio Legis Librería Jurídica, 2013.
- ATRIA, Fernando, Guillermo LARRAÍN, José Miguel BENAVENTE, Javier COUSO, Alfredo JOIGNANT, *El otro modelo. Del orden neoliberal al régimen de lo público*, Santiago, Editorial Debate, 2013.
- AYLWIN AZÓCAR, Patricio y Eduardo AZÓCAR BRUNNER, *Derecho administrativo*, Santiago, Universidad Nacional Andrés Bello, Dirección de Investigación y Extensión, 1996, vol. I.
- CEA EGAÑA, José Luis, *Derecho constitucional chileno*, 3ª ed., Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2015, vol. I.
- FERMANDOIS VÖHRINGER, Arturo, *Derecho constitucional económico*, 2ª ed., Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2006, vol. I.
- GARCÍA ECHEVARRÍA, Santiago, “Necesidad de un orden económico-social para hacer frente a los problemas actuales”, en *Conferencias y trabajos de investigación del Instituto de Dirección y Organización de Empresas*, Universidad de Alcalá, IDOE, n.º 344, 2012.
- GUERRERO BÉCAR, José Luis, *La Constitución económica chilena*, Santiago, DER Ediciones, 2018.
- JIMÉNEZ LARRAÍN, Fernando y Fernando JIMÉNEZ LOOSLI, *Derecho constitucional*, Concepción, Editorial Universidad Católica de la Santísima Concepción, 2014, vol. I.
- JORDÁN GLADUF, Josep María y Cecilio TAMARIT ESCALONA (coords.), *Economía de la Unión Europea*, 7ª ed., Pamplona, Thomson Reuters, 2013.
- KRUGMAN, Paul, Robin WELLS y Kathryn GRADY, *Fundamentos de economía*, 3ª ed., Barcelona, Editorial Reverté S.A., 2017.
- MAZZUCATO, Mariana, *El Estado emprendedor*, Barcelona, RBA Libros S.A., 2019.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Derecho constitucional chileno*, Santiago, Legal Publishing Chile, 2012, vol. I.
- PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, *Obligaciones*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003.
- POSNER, Richard, *El análisis económico del derecho*, 2ª ed., México D.F., Fondo de Cultura Económica, 2013.

- RIVERO ORTEGA, Ricardo, *Derecho administrativo económico*, 8ª ed., Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 2018.
- SEGOVIA OLAVE, Elio, "Acerca de la vigencia del principio de subsidiaridad en la actividad económica del Estado", en *Derecho Público Iberoamericano*, año V, n.º 10, Santiago, 2017.
- SILVA BASCUÑÁN, Alejandro, *Tratado de derecho constitucional*, 2ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1997, vol. IV.
- TIROLE, Jean, *La economía del bien común*, Barcelona, Penguin Random House Grupo Editorial, 2018.
- UBIDE, Ángel, *La paradoja del riesgo*, Barcelona, Editorial Planeta S.A., 2019.
- VIVANCO MARTÍNEZ, Ángela, *Curso de derecho constitucional*, 2ª ed., Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2006, vol. II.

NORMAS JURÍDICAS CITADA

- Código Civil de Chile*, 1855.
- Constitución de Alemania*, 1949.
- Constitución de Chile*, 1980.
- Constitución de Ecuador*, 2008.
- Constitución de Francia*, 1958.
- Constitución de Panamá*, 1972.
- Constitución de Perú*, 1993.
- Constitución de Polonia*, 1997.
- Constitución de Portugal*, 1976.
- Constitución de República Dominicana*, 2015.
- Constitución de Túnez*, 2014.
- Constitución Pastoral del Concilio Vaticano II *Gaudium et Spes* del papa Paulo VI, 1965.
- Encíclica *Mater et Magistra* del papa Juan XXIII, 1961.
- Encíclica *Quadragesimo Anno* del papa Pío XI, 1931.
- Tratado de funcionamiento de la Unión Europea*, última versión dada por el Tratado de Lisboa de 2007.
- Tratado de la Unión Europea*, última versión dada por el Tratado de Lisboa de 2007.